



II LEGISLATURA

DIP. YURIRI AYALA ZÚÑIGA



Ciudad de México, a 08 de diciembre de 2023

Dip. María Gabriela Salido Magos
Presidenta de la Mesa Directiva del
Congreso de la Ciudad de México, II Legislatura
P r e s e n t e

La que suscribe, **Diputada Yuriri Ayala Zúñiga**, integrante del Grupo Parlamentario del Partido MORENA en la II Legislatura del Congreso de la Ciudad de México, con fundamento en el artículo 30, numeral 1, inciso b), de la Constitución Política de la Ciudad de México; 4, fracción XXI, y 12, fracción II, de la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México; 95, fracción II, y 96 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, someto a consideración de esta soberanía la siguiente **iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un cuarto párrafo al artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal** en materia de cambio de guarda y custodia, de forma sensible, gradual o inmediata, de conformidad con la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Planteamiento del problema que la iniciativa pretende resolver y la solución que se propone

I.1 La presente iniciativa tiene como propósito proteger a los niños niñas y adolescentes de los progenitores que los utilizan como un instrumento de venganza contra el otro progenitor, esto es no les permiten, cuando están separados de hecho o por un divorcio, ver a su otro progenitor ya sea su papá o su mamá, esto es muy muy común, por lo que debe remediarse como lo ha sostenido ya en reiteradas ocasiones criterios de la Corte Suprema de nuestra Nación y quedar plasmado expresamente en la ley correspondiente como lo es nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Como sabemos de acuerdo con el artículo 9, apartado 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los niños tienen un derecho fundamental a convivir con sus padres. Este derecho se justifica pues a través de las convivencias los menores pueden generar lazos afectivos con sus progenitores, lo cual es importante para su desarrollo emocional.

En este orden de ideas, se ha venido argumentando en nuestros tribunales que las visitas y convivencias son fundamentales para el sano desarrollo de la personalidad de los menores. De este modo, se ha señalado en reiteradas ocasiones que la importancia de establecer un régimen de visitas y convivencias efectivo debe de

II LEGISLATURA

regir cualquier decisión que se tome sobre los derechos de un niño, niña o adolescente.

Así, podemos advertir del contenido del Amparo Directo en Revisión 2931/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que para que el derecho a las visitas y convivencia sea efectivo “resulta necesario que la convivencia sea con cierta regularidad, por ejemplo, en ciertos días de la semana, o del mes, o en ciertos periodos vacacionales, en que el niño sepa que podrá convivir con su progenitor.”

Asimismo, se desprende la importancia que tiene la aplicación de dicho derecho, pues como lo ha señalado la Primera Sala “en principio, debe recordarse que efectivamente, los menores de edad tienen ese derecho fundamental de convivencia, de acuerdo con el artículo 9, apartado 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. De acuerdo con el contenido de esa norma, puede establecerse que para que el ejercicio de ese derecho sea efectivo, resulta necesario que la convivencia sea con cierta regularidad.”

En esta línea, se sostiene entonces que el menor “tiene derecho a que se propicien las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, para lo cual en la mayoría de los casos resulta necesaria e indispensable la convivencia con ambos progenitores.”

I.2 En ese contexto, advertimos que las visitas y convivencias son un derecho-deber. Lo anterior, según la doctrina de la Suprema Corte implica que: “es incuestionable que los padres que no ejercen o comparten la guarda y custodia tienen derecho de visitas y convivencias con sus hijos menores con fundamento en la patria potestad que ejercen sobre éstos. Pero por otro lado, como ya se ha señalado, el derecho de visitas y convivencias es primordialmente un derecho de los menores.

En este sentido, el derecho de los menores impone un deber correlativo a cargo precisamente del padre no custodio. Así, desde esta perspectiva, los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un derecho a visitar y convivir con sus hijos, pero tienen sobre todo el deber de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores. De esta forma se explica por qué la doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un “derecho-deber”.

I.3 De todo lo anterior se puede desprender que los menores tienen un derecho de convivir con ambos progenitores ya que es de suma importancia para que éstos

puedan desarrollarse plenamente. Además, de dicha figura también se desprende un derecho-deber de los padres a convivir con sus hijos; lo cual implica que el padre custodio tiene el deber de permitir que se lleven a cabo las convivencias con el otro

Es doctrina consolidada que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños. En este sentido, cabe recordar que el interés superior del niño encuentra su fundamento en la Constitución Federal, así como en diversos instrumentos internacionales. En este sentido, cabe recordar que el interés superior del niño encuentra su fundamento en la Constitución Federal, así como en diversos instrumentos internacionales. En efecto, en la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, se incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4° constitucional, para quedar como sigue:

Artículo 4°. [...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. [...]

Asimismo, dicho interés superior es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. No sólo es mencionado expresamente en varios instrumentos, sino que es constantemente invocado por los órganos internacionales encargados de aplicar esas normas. En este sentido, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Por su parte, el Comité para los Derechos del Niño ha señalado que “[e]l principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño”.

En el ámbito nacional, la Suprema Corte ha enfatizado en varios precedentes la importancia del interés superior del menor en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño, ello acorde con la presente iniciativa

II LEGISLATURA

que pretende reforzar la figura de visitas y convivencias con sus progenitores y evitar que los niños, niñas y adolescentes sean utilizados para fines distintos a la consolidación de la familia.

En consecuencia, en los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone a los juzgadores la obligación de resolver la controversia puesta a su consideración atendiendo a lo que es mejor para el niño, y en esa tesitura pueda incluso proceder el cambio de guarda y custodia hacia el progenitor que desea y quiere ver a sus hijos y no le es permitido por el otro progenitor que por circunstancias diversas impide el derecho de los menores.

En esta línea, el interés superior del menor ordena la suplencia de la deficiencia de la queja en todas aquellas decisiones que puedan afectar los derechos e intereses de los menores, aunque con ello se llegue a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en los agravios de las partes, ofreciendo así una ventana procesal para garantizar los intereses de los menores en un contexto en el que las pretensiones de las partes resulten insuficientes para ello.

II. Objetivo de la propuesta y argumentos que la sustentan

II.1 Como ya lo señalamos, el objetivo de la propuesta es plasmar expresamente en la ley de la materia este cambio de guarda y custodia, ya sea de una forma gradual o de manera inmediata, en beneficio del progenitor que trata de ver a sus hijos y que le es impedido por diversas cuestiones ajenas al interés superior del menor, como lo hemos reiterado líneas arriba, por lo tanto queremos a través de esta iniciativa dejar expresamente plasmado lo que en el ámbito jurisprudencial y en la práctica ya se viene haciendo a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, al respecto la Primera Sala de nuestra Suprema Corte ha establecido que para tomar decisiones respecto a la guarda y custodia -y en general respecto a las convivencias de los menores con sus padres-, debe utilizarse un estándar de riesgo, según el cual, debe tomarse la decisión que genere la menor probabilidad de que los menores sufran daños.

Esto implica un riesgo real para el desarrollo de la menor, ya que el hecho de que no conviva y no tenga contacto con su padre aumenta notablemente la posibilidad de que tenga daños emocionales difíciles de revertir. Especialmente porque en el caso no existe ninguna razón que haga pensar que las convivencias con el padre o madre pueden afectar el interés superior de sus hijos, máxime si nunca existieron abusos ni actos de violencia en contra de la menor por parte del padre o madre ni su familia. Y por el contrario, si vemos que en determinado caso el o los menores

siempre ha(n) manifestado que quiere mucho a su padre o madre según sea el caso y que desea verlo (a).

II.2 No obstante, también debe ponderarse que el cambio de guarda y custodia puede tener consecuencias adversas para un menor. En efecto, el cambio implica sacarlo del ambiente en el que normalmente se ha desarrollado lo cual puede desestabilizarlo emocionalmente.

Por lo tanto, de acuerdo al estándar de riesgo antes mencionado, se debe estimar qué decisión provoca una menor probabilidad de que la menor sufra daños. Así, se adelanta que a juicio de la Primera Sala, lo más benéfico para un menor es que se cambie la guarda y custodia para que el menor pueda convivir con ambos padres lo cual además es proporcional.

Se insiste que, la convivencia con ambos progenitores es fundamental para el desarrollo de los menores, por lo que en un escenario de ruptura familiar, los Tribunales deben garantizar que se lleven a cabo dichas convivencias. Incluso la Primera Sala ha sostenido que los padres no son libres para cambiar su domicilio si dicho cambio afecta la convivencia con el progenitor que no ejerce la guarda y custodia. Por lo tanto, a la larga existe un mayor riesgo de que la absoluta falta de contacto con el padre o madre le ocasione daños a un menor, que los que pudieran derivar del cambio de la guarda y custodia (sobre todo si dicho cambio es gradual).

II.3 Ahora bien, a pesar de la importancia de asegurar las convivencias, los tribunales no debieran decretar el cambio de guarda y custodia sin antes haber intentado por otros medios que éstas se lleven a cabo. En efecto, lo ideal sería que se llevaran las convivencias sin la necesidad de decretar el cambio. Sin embargo, cuando, como en algunos casos, ya existen diversos requerimientos, apercibimientos y órdenes y la madre o padre sigue sin presentar al menor(es) a las convivencias; se debe estimar que conservar el estado de cosas implicaría que la niña, niño o adolescente no convivirá con su padre o madre.

Así, el cambio de la guarda y custodia se vuelve necesario ya que es la única medida que puede garantizar que las convivencias se llevarán a cabo. En efecto, en el momento no existe una medida menos intrusiva que logre que un menor tenga una relación con su progenitor. En este sentido, resulta que, dados los hechos de cada caso la medida debe ser proporcional.

También es importante destacar que el cambio de guarda y custodia no significa de ninguna forma que un menor deba de dejar de convivir con su madre o padre. Por el contrario, al haberse decretado el cambio, el padre o madre según sea el caso adquiere un deber de permitir y fomentar que la o el menor conviva con la madre o padre en los términos y condiciones decretados por la autoridad judicial competente.

II LEGISLATURA

II.4 Por su parte, podemos advertir que en el Amparo Directo en Revisión 2618/2013, la Primera Sala realizó ciertas precisiones respecto al concepto de riesgo. En este sentido, apuntó que si aquél se entiende simplemente como:

[...] la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un menor sufra una afectación estará siempre latente. Hay miles de situaciones imaginables que pueden poner en peligro la integridad de un niño. En este sentido, cualquier menor está en “riesgo” de sufrir una afectación por muy improbable que sea.

Sin embargo, ésta no es una interpretación muy razonable del concepto de “riesgo”. De acuerdo con la literatura especializada, el aumento del riesgo “se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero.”

Es importante precisar que conforme a lo establecido en el mismo precedente, si bien es cierto que en los juicios de guarda y custodia se debe de ponderar la decisión a partir de una situación de riesgo real y no de la verificación de un daño generado, dicha evaluación no debe estar basada en prejuicios, estigmatizaciones o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres.

Entonces, en este asunto se debe analizar si el hecho de que la madre o padre de un menor haya incumplido sistemáticamente con el régimen de visitas y convivencias constituye un riesgo real para el menor que por lo tanto, justifique el cambio de guarda y custodia decretado por la autoridad judicial responsable.

Por lo tanto, antes de tomar la decisión respecto a la manera en la que deberá llevarse a cabo el cambio gradual de guarda y custodia, el menor deberá ser escuchado. En efecto, escuchar la opinión del menor para establecer la forma en la que deberá decretarse el cambio de guarda y custodia hará que se sienta sujeto del proceso y además ayudará a que se pueda tomar una mejor decisión en la que se tomen en cuenta los intereses y prioridades durante esta etapa de transición, para abonar así que la medida la afecte lo menos posible. No obstante, cabe recordar que escuchar a un menor no significa que hacer lo que el o ella pida sea lo mejor para su interés, sino que el juzgador deberá escucharla(o) y tomar la decisión de acuerdo a todas las pruebas que obran en el expediente.

III. Fundamento legal y sobre su constitucionalidad y convencionalidad

III.1 A partir de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, el Estado mexicano tiene obligaciones de cumplimiento ante los tratados y convenciones internacionales de protección a los derechos humanos, de acuerdo



II LEGISLATURA

con el Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra menciona lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

De igual forma, en materia de igualdad y no discriminación, el mismo artículo 1º Constitucional establece en su párrafo cuarto que:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Esto último conlleva además la obligación constitucional de todas las autoridades del Estado de adoptar en el ámbito de sus competencias todas aquellas medidas que resulten idóneas y necesarias para garantizar que los niños, niñas y adolescentes vean satisfechas sus necesidades de manera integral, completa y adecuada. Dicho mandato, leído bajo la óptica del interés superior del menor y el deber de protección integral de la infancia, autoriza la adopción de medidas reforzadas de tutela que atiendan a la situación de vulnerabilidad en la que éstos se encuentran, como la presente iniciativa.

III.2 Para justificar la presente iniciativa, es importante recordar que la Primera Sala, al resolver el Amparo en Revisión 644/2016 en el que se discutía cómo debería darse la separación entre las madres reclusas y sus hijos, sostuvo que: “[...] la relación afectiva entre un niño pequeño y su progenitora tiene una incidencia crucial en el desarrollo del infante. Esto fortalece el interés fundamental de que el menor de edad temprana mantenga cercanía con su madre. Como consecuencia, aun cuando la separación resulte necesaria, tratándose de menores de corta edad es especialmente importante que madre e hijo mantengan un contacto próximo, personal y frecuente en la medida de lo posible, a menos que tal circunstancia resulte contraria a los intereses del niño.” Por lo tanto, en dicho asunto se concluyó que cuando conforme al interés superior del menor sea necesario separar a los niños de sus madres, dicha separación debe ser “sensible y gradual, así como garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados

III.3 Además, tenemos presente el derecho de los niños a ser escuchados en cualquier procedimiento judicial que pueda afectar sus derechos se encuentra



II LEGISLATURA

expresamente regulado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño,46 y está recogido en el artículo 4° de la Constitución Federal.

Así mismo la presente iniciativa es conforme con el artículo 323 Séptimus, último párrafo,13 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

Artículo 323 Septimus.- Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada. En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno. A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador. El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

IV. Ordenamiento a modificar

Por lo anteriormente expuesto y fundado, someto a la consideración de este H. Congreso de la Ciudad de México la siguiente **iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un cuarto párrafo al artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal** en materia de cambio de guarda y custodia, de forma sensible, gradual o inmediata:

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Texto vigente	Propuesta de reforma

<p>ARTICULO 414 Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:</p> <p>I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;</p> <p>II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;</p> <p>III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y</p> <p>IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.</p> <p>Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.</p> <p>No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.</p> <p>Sin correlativo</p>	<p>ARTICULO 414 Bis.- Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:</p> <p>I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;</p> <p>II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;</p> <p>III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y</p> <p>IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.</p> <p>Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.</p> <p>No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.</p> <p>Si el que ejerce la guarda y custodia sin justa causa no permite de manera reiterada el ejercicio de las visitas y convivencias del otro progenitor o de</p>
---	---

	<p>los ascendientes, procederá el cambio de guarda y custodia de manera sensible en beneficio de estos, según sea el caso, ya sea de forma gradual o inmediata.</p>
--	---

V. Denominación del proyecto de ley o decreto y texto de la propuesta

Por las consideraciones expuestas, se somete al pleno de este honorable Congreso de la Ciudad de México, la presente siguiente **iniciativa con proyecto de decreto por el que se adiciona un cuarto párrafo al artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal** en materia de cambio de guarda y custodia, de forma sensible, gradual o inmediata, para quedar como sigue:

ARTICULO 414 Bis.- ...

I.- al IV ...

...

...

Si el que ejerce la guarda y custodia sin justa causa no permite de manera reiterada el ejercicio de las visitas y convivencias del otro progenitor o de los ascendientes, procederá el cambio de guarda y custodia de manera sensible en beneficio de estos, según sea el caso, ya sea de forma gradual o inmediata.

TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

Segundo. Publíquese en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México para su conocimiento y difusión.

A t e n t a m e n t e

Yuriri Ayala Zúñiga

Dip. Yuriri Ayala Zúñiga.